

风险社会背景下我国危险犯立法趋势研究

李 林

(西南政法大学 法学院, 重庆 400031)

摘 要: 风险社会背景下,我国社会生活中出现了新的危害行为。与我国传统危险犯造成现实的、客观的危险不同,新危害行为仅造成潜在的危险,潜在的危险一旦转化为现实则将造成严重的危害后果。对此,我国现有危险犯立法无法应对。为加强社会控制、降低诉讼成本,我国立法应设立新的危险犯类型,只要实施特定的危害行为就既遂,尽管犯罪既遂时,危害行为仅造成侵害的潜在危险。新危险犯是独立的危险犯类型。

关 键 词: 风险社会;危险犯;社会控制

中图分类号: DF 622

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2012)02-0153-06

实践规模的扩大、实践程度的深化既导致了生活方式的变革,也导致犯罪行为类型的历史性扩展。21世纪初以来,我国进入了一个新的发展时期,科技、经济、社会领域发生了翻天覆地的变化,相应地社会也面临越来越多的危险,例如被关闭的危险煤矿又重新开启,企业肆无忌惮地排泄污染物。与其说法律对这些现象束手无策,不如说现行法律对此已陷入尴尬境地。当下,我国社会生活中凸显新的行为类型,这类行为在外在特征上看似不具有严重的社会危害性,但却能造成严重的危害后果。由于这类危害行为与传统危害行为在行为特征、危害结果等方面具有显著的差异,导致司法追究刑事责任时存在诸多疑难问题。本文将主要研究新危害行为的特征、刑事立法处理这类危害行为存在的困境以及立法应当采取的对策等,从而服务于刑事立法及司法。

一、新危害行为及其特征

1. 新时期我国社会凸显的新危害行为

新时期,我国社会中产生了一种新的危害行

为,这种行为没有直接对社会造成现实的侵害而仅造成侵害的潜在危险,但随着潜在危险的累积,潜在危险将最终爆发而导致不可逆转的危害后果。例如,某镇地下有一个煤矿,由于该矿过度开采,该镇部分街面出现下陷迹象。为防止街面坍塌,县政府决定停止开采该矿,并用水泥、钢筋将矿口封住。但是该矿附近部分村民为盗煤自用,秘密将矿口打开,入矿每天盗煤。村民嫌用锄头采矿太慢,遂找来炸药,每次用小包炸药炸松一块,然后背走。由于炸药量较少,每次爆炸并不危及矿自身的安全。几日后,盗煤村民被当地民警抓获^①。虽然村民盗矿没有对矿的安全造成现实的侵害而仅造成潜在的危险,但潜在危险一旦转化为现实则将造成严重的危害后果。

2. 新危害行为的特征

(1) 危害行为自身不具有严重的社会危害性。对上述盗矿行为,危害行为自身没有严重的社会危害性,它不能直接对社会造成现实的危害,现实的危害结果是通过危害行为造成的危险逐步积累而成的,危害行为自身不能征表严重的社会危害性。

收稿日期: 2011-04-20

作者简介: 李 林(1980-),男,四川南充人,西南政法大学讲师,法学博士,主要从事刑法学基础理论研究。

① 本案不构成破坏性采矿罪,因为涉案村民并未采取破坏性开采方法开采矿产资源,并造成矿产资源严重破坏。本案不构成以危险方法危害公共安全罪,因为涉案村民的危害行为与放火、决水、爆炸行为不具有相当性。以其他危险方法危害公共安全是指,采取放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的方法危害公共安全。“其他危险方法”仅限于与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法,而不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。本案也不构成盗窃罪,因为涉案村民每天到矿里偷一筐煤,仅偷盗了几天,不符合盗窃罪的数额要求。

(2) 行为造成的危险具有潜在性。由于危害行为自身没有严重的社会危害性,现实的危害结果是由危害行为反复实施最终造成的。因此,在实施危害行为时,危害行为没有造成现实的危害结果而仅造成了潜在的危险。潜在的危险蕴藏于每次危害行为中,当潜在的危险达到一定程度时,现实的危害结果才最终爆发。

(3) 潜在的危险转化为现实将造成重大的危害后果。任何危害行为都能造成一定的潜在危险,与一般危害行为造成的潜在危险相比,新危害行为往往针对公共安全法益,侵害公共安全的潜在危险一旦转化为现实则将造成无以逆转的重大危害后果,如上述盗矿造成的潜在危险一旦转化为现实则将造成城镇塌陷的严重后果。

二、新危害行为产生的社会背景

1. 风险社会的时代背景

“人类实践的发展程度与人类生活中所面临的风险的加剧的程度是一致的。”^[1]德国学者贝克认为,世界已进入风险社会时期。危害结果的潜伏性是风险社会危险的一个重要特征,危险不是通过现实的危害结果立即显现出来,而是潜藏在危害行为之中。潜在的危险尚未转化为现实之前,危险没有现实的表征。潜在的危险伴随着危害行为的不断实施而逐步加深并最终爆发,从而造成严重的危害后果。新危害行为是风险社会的产物。

2. 社会控制减弱

“在市场经济条件下,一些人不择手段地获取利益。”^[2]在利益的驱使下,一些人从事违法犯罪活动有恃无恐。当前,有限的司法资源面对多如牛毛的违法犯罪行为,国家有心无力。转型时期,社会发展变化较快,新的危害行为方式不断涌现,即使立法机关整天忙于立法,立法也具有不可避免的滞后性。我国传统刑事责任是以实害结果为中心构建的,但新危害行为造成的危险是潜在的。因此,传统刑法无法有效打击新危害行为,导致行为者更是肆无忌惮。“在新旧体制交替过程中,传统的社会控制功能逐渐减弱,而新的社会控制机

制尚不健全,因而预防犯罪和控制犯罪的能力较弱。”^[3]社会管理制度缺失、社会控制能力降低是我国现阶段新危害行为爆发的重要原因。

三、现有关于危险犯的立法 处置新危害行为乏力

从新危害行为的特征看,实施该危害行为造成特定的危险状态,新危害行为具有危险犯的某些特质。但在我国刑法中,无论抽象危险犯^①抑或具体危险犯都以危害行为造成现实的危险状态为前提,新危害行为造成的危险是潜在的,这又与危险犯具有差异。我国危险犯立法处置新危害行为乏力。

1. 新危害行为不符合危险犯的行为特征

我国危险犯具有严重的社会危害性,危害行为能直接造成现实的危险。对于新危害行为,危害行为自身没有严重的社会危害性,危害行为对法益造成的危险是潜在的而不是现实的。新危害行为不符合危险犯的行为特征,在罪刑法定原则之下,新危害行为就不构成犯罪。

2. 新危害行为的危险状态难以证明

新危害行为仅造成侵害的潜在危险,由于潜在的危险没有现实的表征,潜在的危险是通过危害行为认识的,认识方式的间接性使潜在危险的证明困难。潜在的危险尚未转化为现实前,仅表现为实害结果发生的趋势、发生的可能性,危害结果发生的趋势是否必然导致实害结果尚无法判断。由于无法确定潜在的危险状态与实害结果之间的因果关系,导致对潜在危险状态的认识困难。潜在的危险状态是否能够转化为实害结果,这与导致潜在危险的危害行为紧密相关,实践中,危害行为实施到何种程度导致潜在的危险状态转化为现实很难有实证的标准。潜在的危险未转化为现实前是一种状态,“状态”的社会危害性的量也无法采用实证的方法作出精确的区分,无法判断到底何阶段的潜在危险的社会危害性较大。潜在危险的性质决定了潜在危险难以证明,致使我国传统刑事立法对新危害行为无法有效处理。

① 从逻辑上讲,抽象危险犯属危险犯的子项,危险犯成立的依据在于危害行为造成了特定的危险状态,作为危险犯子项的具体危险犯和抽象危险犯当然也应具备该特征,只是具体危险犯和抽象危险犯的危险表现形式略有区别。从这个角度上说,抽象危险犯的处罚根据也是危害行为对法益造成的侵害危险。如果危害行为不能造成实害结果发生的危险状态,不能对法益造成侵害的危险,该危害行为不可能构成抽象危险犯。

3. 新危害行为的诉讼瓶颈

由于潜在的危险状态难以认定,实践中,追究新危害行为的法律责任则存在诸多诉讼瓶颈,如河南开胸验肺案等^[4]。追究新危害行为法律责任的诉讼瓶颈主要体现在以下几个方面,以环境犯罪为例。

首先,没有实害结果的表征。对一些排污行为,排污时污染物对公共安全仅造成潜在的危险,没有造成现实的危害结果。按照刑法的规定,追究重大环境污染事故罪的刑事责任以危害行为造成现实的危害结果为前提。如果危害行为没有造成现实的危害结果,就不可能追究刑事责任。其次,因果关系证明困难。污染物的危害通常具有潜伏期,潜在的危险转化为现实一般要经过较长的时间。危害结果发生后,如何证明危害行为与危害结果之间的因果关系存在诸多疑难。对一些污染物的危害结果,即使是现代科学技术也很难证明危害行为与危害结果之间的因果关系,更何况受害者一般为弱势群体^①。再次,取证困难。企业排污后,有关行政执法部门并未及时进行调查处理,造成案件的某些重要证据缺失,使当事人争议的污染物来源、污染损害结果等重要案件事实因无明确证据支持而一时难以查清^[5]。正是上述诉讼瓶颈导致司法很难对新危害行为追究刑事责任。

由于新危害行为不符合现有危险犯的特征,证明新危害行为的危险状态、因果关系等的困难,导致我国现有以实害结果为归责中心构建的刑事立法无法有效地打击新危害行为,我国危险犯立法处理新危害行为乏力。

四、立法设置新危险犯的理论分析

既然现有刑事立法已无法有效应对新危害行为并导致诸多司法疑难,那就只能诉诸立法。为保护法益,防止潜在的危险转化为现实,应当就立法是否应当设置新危险犯进行理论分析,探讨风险社会背景下设置新危险犯的必要性及其立法方式。

1. 设置新危险犯的必要性

(1) 加强社会控制

“人们总是根据自身利益去选择自己的社会行为,只有通过社会控制,才能保证人们的社会行为符合社会的整体利益,形成社会赖以存在和发展的基础。”^[6]“很多人都曾遇到过可实施犯罪的机会,而大多数人都没有去干,这是因为他们受到较强的约束,故而限制了犯罪。但是如果限制和控制减弱,一些人便会被诱使去从事犯罪。”^[7]在转型社会时期尤其风险社会背景下,为防止部分人为追求利益而不择手段,为防止潜在的危险转化为现实,立法者须依据国家社会管理的需要加强对新危害行为的控制。强化社会控制的重要方式就是加大刑罚的处罚力度,扩大犯罪圈,使刑法能够适应社会发展的需要。潜在的危险是危害行为造成的,抑制潜在的危险可以通过禁止造成潜在危险的行为予以实现。从社会控制的角度,刑法切入点必须前移,将造成潜在危险的行为犯罪化,通过加强对危险的控制,预防新危害行为。

(2) 解决诉讼瓶颈

“立法作为社会生活的调节器,当立法者对某些行为的社会危害性有了新的或更强烈的认识时,其反应就更趋于强劲。体现在立法技术上,就是增加新的犯罪类别,降低原有犯罪实体或程序标准,丰富原有犯罪的表现形式以及加大惩罚的严厉性。”^[8]^{[4][5]}面对新危害行为在诉讼中证明危险状态、因果关系等的困难,只有从立法上对新危害行为的罪状作特殊的规定,才能降低诉讼成本。规定的方式就是将某些难以证明的要素删减,使司法认定犯罪时不再考察危害行为是否导致了特定的危险,不再证明危害行为与危害结果之间的因果关系,只判断行为人是否实施了特定的危害行为即可。这就解除了司法证明潜在危险和因果关系等的困难,最大限度地缓解了司法诉讼瓶颈,降低了司法诉讼成本,符合诉讼经济的要求。但由此也须防范新危险犯设置泛滥,注意限定新危险犯设置的范围。

2. 新危险犯的立法方式

从犯罪控制的角度,立法只有将特定的危害

① 由于环境犯罪的高科技背景,许多破坏环境的后果往往需要较长的时间周期才能出现,加之破坏环境的行为并非直接作用于受害人。故从目前的情况看,对于有些环境破坏行为科学上尚不能解决问题,这给环境犯罪因果关系技术上的鉴定带来难以克服的科学难度,而且在时间与金钱的花费上相当不经济:样本流失,难以鉴定;鉴定费用过高,当事人难以负担,有些鉴定费甚至超过求偿额;费时较长,缓不救急;事涉高度争议,鉴定单位或机构欠缺鉴定的意愿。参见蒋兰香:《环境犯罪基本理论研究》,北京,知识产权出版社,2008年,第161、162页。

行为规定为犯罪才能阻止潜在的危险转化为现实。如果将新危害行为规定为犯罪,犯罪既遂时危害行为仅造成侵害的潜在危险,这种类型的犯罪与危险犯具有相似性。面对风险社会加强社会控制、降低诉讼成本的诉求,针对新危害行为的特点,笔者认为,我国立法应设置新危险犯,对于新危险犯应采取如下的立法方式:

(1) 不将危险规定为罪状要件

由于潜在的危险转化为现实没有物质性的表征,司法在诉讼中对危险及因果关系的不易证明限制了对新危害行为的打击。将危险规定为罪状要件的传统危险犯立法已不适应风险社会打击犯罪的需求,为此,新危险犯的罪状可取消危险要件。危险不被规定为罪状要件,司法认定犯罪时只须判断是否实施特定的危害行为即可,这就极大地减轻了司法证明困难,从而更方便、有效地打击犯罪,弥补了现有行政、刑事处置方式的不足。“社会是根据自身的利益确定何为犯罪,犯罪不是自然的产物。”^[9]

(2) 直接将特定危害行为规定为犯罪

既然潜在的危险难以证明,何不转而证明导致潜在危险的危害行为?一般而言,只要实施特定的危害行为便会逻辑性地导致潜在的危险,且在诉讼中,证明实施了特定的危害行为比证明潜在的危险要容易得多。新危害行为造成的潜在危险隐藏于危害行为之中,潜在的危险通过危害行为的实施逐步转化为现实,并造成现实的危害,实施该危害行为就具有社会危害性。“一个人的行为的任何部分一到有害地影响到他人的利益的时候,社会对它就有了裁判权。”^[10]因此,立法可将导致潜在危险的行为类型化为犯罪,只要实施该危害行为就构成犯罪。“当一行为具有了社会危害性,并且根据统治意志,需要赋予这种行为以‘犯罪性’并以刑事处罚这种最严厉的反应方式对实施这种行为相威胁才有助于维系社会基本秩序时,这种行为就满足了被定义为‘犯罪’的全部要求。”^{[8]413}其实,这种立法方式已经体现于《刑法修正案(八)》对危险驾驶罪的立法中。醉酒驾驶者并不一定都对公共安全造成现实的侵害,但立法为了预防醉酒驾驶肇事,采取拟制的方式推定凡是达到醉酒标准驾驶都对公共安全造成侵害的危险,进而将达到醉酒标准的驾驶行为都规定为犯罪。

五、增设新危险犯的建议

“由于社会环境在不断地变化,立法依据的价值标准也在不断地变化,因而,犯罪概念和认定犯罪的标准也会随之发生变化,所以,犯罪决不是永恒不变的。犯罪的成立与否,必须依据社会的状态判断。”^[11]面对新危害行为,我国立法应设置新的危险犯类型。

1. 新危险犯设置的范围

立法仅将特定的危害行为规定为犯罪使刑法介入提前,危险犯的范围增大。新危险犯的设置范围过宽,可能导致刑法打击面扩大;新危险犯的设置范围过窄,又不能有效抑制犯罪。因此,有必要对新危险犯的设置范围进行合理的界定。笔者认为,界定新危险犯的范围应当考虑以下几方面因素:

(1) 潜在的危险转化为实害结果将造成严重的后果

生活中,造成潜在危险的危害行为很多,法律不可能将所有造成潜在危险的行为都规定为犯罪。犯罪的本质特征是社会危害性,任何构成犯罪的危害行为的社会危害性都必须达到一定的量的要求。由于新危险犯自身没有严重的社会危害性,新危险犯的社会危害性的量就只能通过危害行为造成的结果予以征表,以此才能使危害行为的犯罪化具有正当化的根基。因此,只有把新危险犯限定在潜在危险转化为现实将造成严重危害结果的危害行为的范围中,才能使新危险犯的危害行为与危害结果的社会危害性的量的相加符合犯罪的社会危害性的量的要求。

(2) 潜在的危险应具有侵犯公共安全的性质

尽管新危险犯应存在于潜在危险转化为实害结果将造成严重危害结果的危害行为中,但任何危害行为都会造成潜在的危险,这些危险夹杂着其他因素仍可能导致严重的危害后果。因果链条的扩展性及不确定性决定了不能仅以潜在的危险将导致严重的结果来界定新危险犯的范围,还须对潜在危险的性质作进一步的厘定。有鉴于此,笔者认为,新危险犯造成的潜在危险应具有侵害公共安全的性质,且这种危险具有转化为实害结果的较高的盖然性。公共安全涉及到不特定或者多数人的生命、财产安全,在我国刑法中,危害公共安全被视为具有严重的社会危害性,潜在的危

险侵害公共安全表明危害行为可能造成重大的危害后果。同时,将潜在危险限定为具有侵害公共安全的性质也符合风险社会背景下危害行为的特征,因为风险社会背景下,危害行为主要表现为对公共安全的侵犯。潜在的危险转化为实害结果的盖然性越高就说明危害行为的现实危害性越大,这也就更凸显该行为的社会危害性。

(3) 潜在的风险应存在于侵犯公共安全领域的业务犯罪中

现实中,一些业务行为由于涉及到公共安全,一旦违反操作规程则可能造成难以弥补的重大损失。在业务活动中,只要违反操作规程就造成侵害公共安全的潜在危险。为此,国家要求业务活动者严格按照操作规程从事各种行为,不得怠慢。为保护公共安全法益,国家可以将一些故意违反关涉重大公共安全操作规程的行为规定为犯罪。因为业务活动者对各种规章制度已有相当的了解,只要行为人认真履行职责不故意违反,就不会构成犯罪,这也不侵犯公民的自由。因此,把新危险犯限定在潜在危险转化为现实将造成重大危害结果的侵犯公共安全领域的业务犯罪中可以在社会保护与人权保障之间实现平衡。

2. 增设新危险犯的个罪

当下,我国环境污染、矿难等事件不断发生,刑法必须积极应对。为保护人民群众生命、财产安全,根据我国生活实际及新危险犯的设置范围,笔者认为,我国刑法应增设以下新危险犯个罪:

(1) 违规排放具有重大危害的污物罪

为解决环境污染事故中的诉讼证明疑难,有效打击违规排放污染物的行为,有必要增设“违规排放具有重大危害的污物罪”。

(2) 违规开采已被封闭的危险矿山罪

为防止一些企业牟利,置群众生命、财产于不顾违规开采已被封闭的危险矿山,有必要增设“违规开采已被封闭的危险矿山罪”。

(3) 违规开发金融衍生产品罪

为维持正常的金融秩序,保护世界经济秩序合理、健康发展,对违规开发金融衍生产品的行为有必要予以严惩,故有必要增设“违规开发金融衍生产品罪”。

(4) 违规接种疫苗罪

为防止部分卫生检疫机构或者相关工作人员牟利或不按照规定接种疫苗,如以蒸馏水代替疫苗或注射劣质疫苗给公共卫生安全造成潜在的危

险,有必要增设“违规接种疫苗罪”。

因此,新危险犯是指故意实施特定的危害行为就构成既遂的犯罪,但犯罪既遂时,危害行为仅对法益造成侵害的潜在危险。

3. 新危险犯是独立的危险犯类型

新危险犯是否能够成为危险犯新的类型主要取决于其是否具有独立的特征,而这又进一步决定于新危险犯与抽象危险犯、具体危险犯的特征比较。

(1) 新危险犯与抽象危险犯、具体危险犯的共性

与抽象危险犯相似,新危险犯仅将特定的危害行为规定为犯罪,只要实施特定的危害行为就构成犯罪既遂,个案中毋须再对危险进行认定。新危险犯的危险隐藏在危害行为之中,通过判断危害行为就可推知危害行为造成的危险。与具体危险犯相似,新危险犯自身也不能征表严重的社会危害性,危害行为的社会危害性是通过危险状态征表的。

(2) 新危险犯与抽象危险犯、具体危险犯的区别

一是新危险犯与抽象危险犯的区别。首先,危害行为的社会危害性不同。抽象危险犯自身具有重大的社会危害性,而新危险犯自身却不具有严重的社会危害性。其次,抽象危险犯产生现实的危险,新危险犯产生潜在的危险,亦即危险是拟制的。再次,判断危险的对象不同。由于抽象危险犯自身具有重大的社会危害性,通过识别危害行为便可判断危险;对新危险犯,危害行为自身不具有重大的现实社会危害性,危害行为不能征表严重的社会危害性。由于预防实害结果是通过禁止实施特定的危害行为实现的,潜在危险的判断标准是危害行为是否被刑法所禁止,只要违反相关刑事法规实施危害行为便推定产生危险。

二是新危险犯与具体危险犯的区别。首先,具体危险犯的危险需要在个案中具体判断;新危险犯的危险不需要具体判断,新危险犯通过禁止实施特定的危害行为以防止潜在的危险转化为现实,一旦实施该危害行为便推定危险产生。其次,具体危险犯造成的危险是现实的;新危险犯造成的危险是潜在的、拟制的。

综上所述,新危险犯具有危险犯的共性,但新危险犯在特征上与抽象危险犯、具体危险犯又有显著的区别,因此,新危险犯应成为独立的危险

犯类型。

六、结 语

新时期,我国社会产生了新的危害行为类型,实施该类危害行为仅造成侵害的潜在危险,但潜在危险的累积最终将导致无法逆转的危害后果。我国现有以实害结果为归责基础的危险犯立法无法有效应对。为预防犯罪,防止潜在的危险转化为现实,我国立法的切入点必须前移至危害行为造成的潜在危险状态。为此,针对新危害行为,我国立法有必要增设新危险犯,亦即只要实施特定的危害行为造成侵害的潜在危险就构成犯罪。新危险犯是独立的危险犯类型,它将代表着新时期我国危险犯的立法趋势。

参考文献:

[1] 庄友刚. 跨越风险社会——风险社会的历史唯物主义研

究[M]. 北京:人民出版社,2008:14.

- [2] 郑杭生,杨敏. 社会实践结构性巨变的若干新趋势——一种社会学分析的新视角[J]. 社会科学,2006(10):113.
- [3] 阴家宝. 新中国犯罪学研究综述[M]. 北京:中国民主法制出版社,1997:166.
- [4] 河南开胸验肺农民工:我想活下去[EB/OL]. (2009-08-03)[2011-03-10]. <http://news.163.com/09/0803/01/5FONDHR30001124J.html>.
- [5] 叶遵义. 环境污染损害赔偿案件审理有四难[N]. 人民法院报,2008-07-16(7).
- [6] 吴鹏森. 犯罪社会学[M]. 北京:社会科学文献出版社,2008:140.
- [7] 刘强. 美国犯罪学研究概要[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2002:162.
- [8] 张远煌. 犯罪学原理[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [9] 米歇尔·福柯. 规训与惩罚:监狱的诞生[M]. 刘北成,杨远婴,译. 北京:三联书店,1999:117.
- [10] 约翰·密尔. 论自由[M]. 许宝骙,译. 北京:商务印书馆,1959:90.
- [11] 张旭. 犯罪学要论[M]. 北京:法律出版社,2003:70.

On the Legislative Trend of Dangerous Crimes at a Risk Society

LI Lin

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: Under the background of a risk society, new types of harmful acts are likely to arise in China. Different from the traditional dangerous crimes which cause realistic and objective hazards, these new harmful acts tend to produce potential dangers, which will lead to serious social consequences once executed. However, the current legislation of dangerous crimes can not handle it. In order to enforce the social control and reduce the litigation cost, we should establish new types of dangerous crimes in China's criminal law, that is, once specific offences are performed and result in potential dangers, a crime is committed. Accordingly, such dangerous crimes are classified as an independent type of crime.

Key words: risk society; dangerous crime; social control

(责任编辑:王 薇)